

# 试论我国反垄断法的构建

□周和敏

随着我国改革开放的逐步深化和市场经济体制的进一步建立,垄断,这个往日资本主义经济的代名词,已客观地存在于我国的经济生活之中,并对我国尚不充分的市场竞争起着严重的限制作用,阻碍着我国有效竞争市场模式的建立。制定和颁布反垄断法已成为时代的呼声。我国经济学界、法学界迅速顺应这一时代潮流,纷纷著书立说,就反垄断法的体例、内容等等方面从理论上进行了较为系统、有益的探讨。本文试图从行政垄断和经济垄断的关系角度就我国反垄断法的构建略作探讨,以期有助于我国的反垄断法制建设。

## 一、我国垄断之现状

我国现实经济生活中存在的垄断现象,学者们按其性质的不同大都把它们分成两类:经济垄断和行政垄断。经济垄断即一般经济意义上的垄断,大体等同于西方国家的垄断含义。它是指大企业凭借经济实力,单独或者合谋在生产或流通领域限制、排斥或控制经济活动。<sup>①</sup>行政垄断则是相对于经济垄断而言的,它是指国家经济主管部门或地方政府滥用行政权,排除、限制或妨碍企业之间的合法竞争。<sup>②</sup>尽管西方国家也存在着政府限制竞争的行为,但由于在这些国家里,私法历史悠久,对行政权力的监控体系较完善,故其表现不明显,对经济生活影响也不大,所以西方国家垄断含义中并不包含行政垄断。行政垄断从一定意义上可以说是我国垄断之特有现象。

由于历史、体制等众多方面的原因,当前我国的垄断中以行政垄断的影响最大,危害

最甚。行政垄断是限制竞争的主要因素,经济垄断只是次要的或潜在的因素;<sup>③</sup>从发生作用的范围和深度看,行政性限制竞争远比经济性限制竞争严重得多,从而成为我国当前建立有效竞争市场模式的主要症结所在。<sup>④</sup>

行政垄断就其表现形式而言,主要有以下两种:横向的地区垄断和纵向的行业垄断。地区垄断俗称地方保护主义,即地方政府滥用行政权限制本辖区与他辖区产品的自由流通,包括本地产品的流出和外地产品的流入,以保护、扶植本地企业。行业垄断突出表现为一些翻牌行政公司、挂靠企业等等。就其成因而言,行政垄断的形成是复杂的、多方面的。首先,它是我国经济体制转轨时期的特有产物。许多学者认为行政垄断是高度集权的旧体制的产物,这种说法是不科学的。因为垄断的形成必须以商品经济为前提,而旧体制是排斥商品经济的,故旧体制下不可能产生垄断,行政垄断只能产生于体制转轨时期。在转轨过程中,一方面由于新体制对商品经济、个体利益的承认与确认,唤醒和萌发了人们的利益意识,另一方面,又由于旧体制遗留的政府管理经济的职能未能相应地转变,所以各行政部门、地方政府便滥用行政权去保护本地、本部门的利益,导致了行政垄断的产生。其次,它是我国经济条块分割、财政包干等形成“地方利益”、“部门利益”的产物。这些利益的存在客观上刺激了行业保护、地方保护的倾向。除此之外,商品经济的不发达、市场机制的不完备、法制建设的不完善等也在一定程度上促使了行政垄断的形成。就其危

害性而言,行政垄断的危害是带有全局性的。首先,它渗透到社会生活的各个领域,因而具有全局性的特点。其次,它人为地分割我国统一市场,阻碍着我国开放的、竞争性的全国统一市场的建立,从而影响着我国社会主义市场经济体制的建立。

## 二、反垄断的对策

我国理论界对于制定反垄断的必要性目前已基本上达成共识,但对于如何在反垄断法中规定行政垄断和经济垄断则观点不一,主要有以下两种学说:一可称之为统一立法说,即主张对行政垄断和经济垄断进行统一规制和调整;二可谓之曰分别立法说,即对两者采取分别规制和调整的办法。前者着眼于两者的共性,认为两者属于同一经济现象的不同表现形式,理应进行统一调整;而后者则注重两者的个性,特别是行政垄断的特殊性,主张区别对待。本人倾向于后者,即对行政垄断和经济垄断区别对待,分别立法,制定《中华人民共和国反垄断法》和《中华人民共和国反行政垄断法》,前者旨在调整一般经济意义上的经济垄断,后者旨在调整行政垄断,两者共同构成我国现阶段反垄断法之基本框架。采此模式,乃我国反垄断法规制对象——行政垄断和经济垄断之本质要求。

(一)从两者的性质来看,行政垄断的特征是行政权的滥用,反行政垄断旨在限制公权,保护私利;经济垄断的特征是私权的滥用,反经济垄断旨在限制私权,保护公利。

(二)从两者对社会经济生活的影响来看,行政垄断对经济生活可谓有百害而无一利,而经济垄断则不一样,适度的经济垄断可以充分利用规模经济,减少市场交易费用,充分利用企业的管理、技术、信息等经济资源,分散企业经营风险,从而大大降低企业的生产成本,提高企业的利润率,推动国内市场的有效竞争和增强我国产业的国际竞争力。从世界各国经济发展经验看,适度垄断是振兴

经济的必要手段。<sup>⑤</sup>由此可见,对于行政垄断,我们的立法目标是全面、彻底地予以禁止、消除,而对于经济垄断,则为有效地抑制,避免其超过一定的限度,给经济生活带来负面影响。

(三)从两者在我国现实生活中的表现来看,行政垄断已存在并渗透到社会经济生活的各个方面,并对经济生活起着严重的破坏作用,而经济垄断在我国只是“次要的或潜在的因素”,<sup>⑥</sup>由此决定了我们对反行政垄断立法采取的是“经验立法”,而对于反经济垄断,则为“超前立法”。

(四)从两者的成因来看,行政垄断乃我国体制转轨时期的特有产物,是我国垄断之特有现象,而经济垄断则具有国际共性。区别行政垄断的个性和经济垄断的共性,有助于我们在反行政垄断立法时着重于研究中国国情,进行“创造性立法”,而在反经济垄断立法时则可为“借鉴性立法”,大胆借鉴、吸收乃至移植美、德等有着悠久反垄断历史和丰富反垄断经验的国家的法律制度,以节省大量的人、财、物力。

(五)从两者所处的历史阶段来看,行政垄断的存在具有暂时性,它是我国旧体制尚未消失、新体制尚未建立这一转轨时期的产物,待我国社会主义市场经济体制真正建立和完善之时,行政垄断必将因失去存在之根基而消失;而经济垄断则会继续存在并随着市场经济的不断发展进而成为我国垄断之主要表现形式。因此,采取分别立法,有利于法律之稳定,届时只须宣布废除反行政垄断法,而反经济垄断法则继续有效,只需因形势之变化而作必要的修订。

通过以上的分析,我们可以得知分别立法乃我国垄断的本质要求,具有更强的针对性,更有利于控制我国当前的垄断现象。就反垄断的现实性而言,制定反行政垄断法更具有迫切性。但由于经济垄断也已不同程度地

存在于我国的经济生活中,且行政垄断始终存在着向经济垄断转化的可能性和危险性;此外,从国外反垄断立法经验和教训来看,对于经济垄断,超前立法更为可取,因此,反经济垄断立法在我国也应提上日程。我们有必要同时制定反垄断法和反行政垄断法,对经济垄断和行政垄断分别进行调整。

### 三、反行政垄断立法

对于行政垄断,我国现行法律中已有一些禁止性和预防性规范。在迄今为止仍然有效的规范中,最早的可能要属 1980 年的《竞争十条》之六:“开展竞争必须打破地区封锁和部门分割。任何地区和部门不准封锁市场,不得禁止外地商品在本地区和本部门销售。”另如 1986 年的《关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》,1988 年《关于清理整顿公司的决定》,1990 年的《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》,1993 年《反不正当竞争法》等法律法规中均有反行政垄断之规范。就这些规范而言,它们多属政策性宣言,规范性差,缺乏可操作性和法律权威性,且规定在不同条例中,零碎、重复、冲突现象严重,缺乏全局性和统一性。在当今严重泛滥的行政垄断现象面前显得苍白无力。因此,制定专门的反行政垄断法已属当务之急。

(一)鉴于反行政垄断的短暂性,反经济垄断的长期性,以及行政垄断与经济垄断之间的某些共性,在反行政垄断立法中应强调针对性以及和反经济垄断立法的一致性,对于某些能共同适用的规范(如有关责任制度、执行机关等的规定)宜规定在反垄断法中,在反行政垄断法中只规定参照适用,以避免立法上的重复。

(二)对应禁止的行政垄断行为采取“定性兼列举”方式,即在对行政垄断作出定性规定的基础上,列举现实生活中的各种行政垄断行为。首先,从反垄断的角度,明确行政垄断的含义及其违法性,从而设置一个一般性

规定,然后具体列举各种行政垄断行为,使其原则性与灵活性相结合,具有可操作性。当前,主要有以下几类行政垄断行为须加以禁止。

1、行政机关滥用行政权封锁市场,限制所辖地区与其他地区间的商品流通,包括限制本辖区商品的流出及其他地区商品的流入。

2、行政机关滥用行政权,阻止所属企业自愿参加竞争性的联合或强使它们联合组建企业集团。

3、未经国务院特别批准,设立拥有行政管理职能的公司。

4、行政机关滥用行政权,动用地方财力,不顾法律规定进行减税让利,扶植所属企业扩大其市场份额。

5、行政机关滥用行政权,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动。

除此之外,应专设一条:“其它行政垄断行为”,并赋予主管机关享有依定义的认定权,以适应形势之发展及补充法律可能出现之漏洞,保证立法的原则性与灵活性相结合,及立法的完整性和严密性。

(三)在反行政垄断法中明确规定行政垄断的构成要件。1、行政垄断的主体为行政机关;2、行政垄断是通过滥用行政权力来实现的;3、行政机关滥用行政权导致了限制或可能限制竞争,势必形成垄断之后果。

(四)确立对行政垄断适用本身违法原则。对于行政垄断,不以其是否实际上妨碍了竞争或其影响是否在合理范围内为衡量标准,而以政府行政机关是否滥用了行政权即是否超出法定权限而干预经济生活为标准,只要行政机关滥用了行政权即可成立,因为这种行为本身就违反了法律的规定。只有这样,才能有效地制止行政垄断。

最后,需要强调的是解决行政垄断的根

本出路在于社会主义市场经济体制的真正建立。当前,除了以法律手段调整外,“还有赖于政治体制改革的进一步深化,有赖于股份制的确立及政企分开和实现政府职能的根本转变”,<sup>⑨</sup>“应当特别重视以权制权,以利制权和以法制权三种机制的健全”<sup>⑩</sup>等。

#### 四、反经济垄断立法

反经济垄断为我国反垄断之根本,因为尽管行政垄断目前表现更甚,但它只是一种特殊的短暂的经济现象,等市场经济体制真正建立之时,行政垄断必将退位,而经济垄断代之而成为我国限制竞争的主要障碍。从一定意义上说,制定反垄断法,规制我国的经济垄断现象,更具有根本性和战略性。

(一)对于经济垄断,也应采用“定义兼列举”方式,首先规定经济垄断之含义,而后具体列举应禁止之经济垄断行为,主要包括禁止横、纵向协议,控制企业兼并,禁止滥用市场优势等几大方面。

(二)从美、德、日等国立法例看,对经济垄断有两种方法进行规制:行为规制法和结构规制法。行为规制法针对的是企业的行为,法律针对企业的市场行为建立某些准则,只要企业的行为违反了这些准则,即认定它们违法,适用“本身违法原则”。结构规制法针对的是企业的规模,法律先假定一个有利于竞争的市场结构标准,当企业的市场份额超过这一标准就必须加以重新调整,如解散、分割等。结构规制法不利于规模经济的发展。

对于我国的经济垄断,可以采取行为规制与规模规制综合调整的方法。对于那些排斥、限制、取消竞争实际上或可能导致垄断的行为适用行为规制法,而对于控制企业兼并、卡特尔等则运用规模规制法。至于标准,根据我国当今规模经济不发达之现状,不宜过低,以免遏制规模经济的发展,但也不宜过高,以免损害公平竞争,这个有待于经济学界和法学界以“效率优先,兼顾公平”为原则,深入研

究中国的实情,确立一个符合我国国情,有利于我国经济发展的具体标准。

(三)反垄断的适用除外规定。垄断具有两面性,合法性与非法性。某些垄断能避免竞争所导致的资源浪费,某些垄断还有利于生产力的发展,增强公司的竞争力。对于这些,法律应作出除外规定。但是,究竟那些行为可以作为反垄断法中的例外领域,这在竞争理论上至今还是一个有争论的话题。<sup>⑪</sup>一般而言,应包括:1、自然垄断行业,2、银行和保险业;3、国家对关系国计民生的重要行业的垄断;4、国家在特殊情况下的特别措施等。

(四)建立科学的法律责任制度。各国竞争法的法律责任制度均为民事责任、行政责任和刑事责任的综合性的法律责任制度。我国反不正当竞争法也采此模式,我国的反垄断法也应如此。

1、民事责任。美国就垄断行为造成的损失采取惩罚性赔偿原则(三倍赔偿),而德国、日本两国采取实际赔偿原则。本人认为,我国反垄断法应采取实际赔偿原则为主,惩罚赔偿原则为辅之制度,即对一般垄断行为采取实际赔偿原则,而对某些蓄意致人损害,或严重干扰市场秩序的行为采取惩罚性赔偿原则,这样也是和我国反不正当竞争法之规定相一致的。

2、行政责任。在我国,垄断之形成多半基于行政权力,行政垄断更是如此,再加上目前我国公民、法人的法律意识不强,由此决定了行政责任对于反垄断的重要规制作用。行政责任有发布禁令、行政罚款、行政损害赔偿等形式。

3、刑事责任。在我国反垄断法中,刑事责任应借鉴德国的做法,将刑事责任作为民事责任和行政责任的补充,只有情节非常严重,民事手段、行政手段均不能有效发挥作用的情况下才适用刑事责任。

#### 五、反垄断执行机构设置

制定法律是为了实施法律,运用法律为社会服务,否则,法律将成为一纸空文。为了使反垄断法更好地发挥实效,有关反垄断法的执行机构设置及职权问题,理应引起反垄断立法机关的足够重视。

关于反垄断执法机构的设置,我国理论界与有关部门曾提出了几种不同的方案,概括地说主要有以下二种:一种主张认为国家工商行政管理机关比较适合作为反垄断的执行机关;<sup>①</sup>另一种主张认为应单独创设专门的机构——“国家公平交易局”或“国家公平交易委员会”。<sup>②</sup>

纵观国外的经验,从法律地位来看,反垄断执行机构须有高度的权威性和独立性,如美国的联邦贸易委员会,德国的联邦卡特尔局等都具有此特性;从组织体制来看,各国反垄断执行机构的设置有两种模式,一种是由一个机关作为反垄断执行机构,如日本的公正交易委员会,另一种是由两个以上的机关作为执行机构,如美国的联邦贸易委员会和司法部的反托拉斯局。单一制便于反垄断权力集中,处理问题简便,效果迅速;而设立多个机构的,则便于扩大反垄断法的活动范围,增加执法的透明度。

显然,国家工商管理总局的独立性不够,不宜作为我国反垄断法的执行机构,而应设置专门的机构——国家公平交易委员会,这样也便于直接借鉴国外的先进经验,解决反垄断行政执法机构的组织机构和运作程序问题。鉴于我国行政部门存在的严重的“无利踢皮球,有利乱插手”的现象及基于减轻国家机构设置之压力,我国应采用单一制。为了保证竞争法执行的便利与统一,建议修改《反不正当竞争法》,废除国家工商管理总局的执行机构职能,而由公平交易委员会取而代之。

为了保证国家公平交易委员会的权威性和独立性,它在人事编制和财务上应直接隶属于国务院,业务上直接对国务院总理负责。

其成员应由经济学家和法学家组成,他们不得在政府机构、企业或公司中任职或以其他方式参与市场交易。在内部实现民主表决制,以多数人意见为准。

公平交易委员会可设立全国、省、地区和县四个级别,实行条条垂直管理体制,地方各级委员会的人事、财务等直接隶属于国家公平交易委员会,不隶属于地方政府,以保证其独立性。地区和县级只享有反不正当竞争管辖权,省级和国家公平交易委员会才享有反垄断管辖权,跨省区的或重大的垄断案件由国家公平交易委员会管辖,其它的由省级公平交易委员会管辖。

反垄断法应明确赋予公平交易委员会享有以下职权:

1、行政权:包括(1)行政检查权;(2)行政审查权;(3)行政处罚权。

2、准司法权:即有权以审判程序为标准,通过准司法的程序来采取一切措施,以排除违反禁止垄断法的状态;同时,还有权对违反者适用罚则,并享有专属告发权。

3、准立法权:即享有依法制定内部规则等实施细则的权利。

(作者单位:厦门大学法律系)

#### 注释:

①③⑥梁慧星,“中国反垄断立法的构想”,载《法学与实践》1991年第6期。

②⑩王保树,“企业联合与制止垄断”,载《法学研究》1990年第1期。

④⑨王晓桦,“我国反垄断立法的框架”,载《法学研究》1996年第4期。

⑤陈金明、刘继兵,“论产业组织适度垄断和有效竞争”,载《中南财大学报》1995年第5期。

⑦杨春平,“关于我国竞争立法的理论思考”,载《法律科学》1988年第4期。

⑧李中圣,“行政垄断的几个问题”,载《政法论丛》1990年第2期。

⑪参见①④。